

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PISA
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Tesi di Laurea

***IL TRIBUNALE
DELLA LIBERTA'***

Relatore: Chiar.mo Prof. *Enrico Marzaduri*

Candidato: *Roberto Cardile*

ANNO ACCADEMICO 2014-2015

INDICE

1. Dal codice Rocco al d. lgs. lgt. 10 agosto 1944 nr. 194
2. Dal d. lgs. lgt. 10 agosto 1944 nr. 194 alla *"Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"*
3. Dalla *"Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"* al Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale
4. Dal Progetto preliminare del 1978 alla legge 5 agosto 1988 nr. 330
5. Dalla legge 5 agosto 1988 nr. 330 al vigente codice di procedura penale
6. I singoli istituti della disciplina vigente
 - 6.1. Il riesame
 - 6.2. L'appello
 - 6.3. I gravi indizi di colpevolezza
 - 6.4. Le esigenze cautelari
 - 6.5. L'udienza camerale
7. La legge 16 aprile 2015 nr. 47
 - 7.1. In generale
 - 7.2. In particolare: l'articolo 11
 - 7.2.1. La comparizione personale dell'imputato
 - 7.2.2. Il differimento dell'udienza
 - 7.2.3. Termini
 - 7.3. Segue: l'articolo 12
 - 7.4. Segue: l'articolo 13

1. Dal codice Rocco al d. lgs. lgt. 10 agosto 1944

nr. 194 - Il Tribunale della Libertà è l'ufficio competente a conoscere le impugnazioni avverso le misure cautelari le quali, come è noto, consistono in provvedimenti provvisori, immediatamente esecutivi, il cui effetto è quello di incidere su diritti costituzionalmente garantiti (quali sono le libertà personali) prima che sia iniziato un procedimento giurisdizionale (prima, quindi, della pronuncia di una sentenza).

A partire dal codice Rocco (1930) le istanze liberali, che nella contrapposizione tra il singolo individuo e lo Stato miravano a favorire il primo mediante una normativa di controllo dei provvedimenti restrittivi della libertà, vennero sopraffatte a favore del secondo con una finalità fortemente repressiva della criminalità.

La linea di tendenza del codice Rocco era, infatti, quella di un maggior rigore nella disciplina della cattura *ante iudicium* e della durata della carcerazione preventiva.

In quel particolare momento storico, si riteneva primaria la necessità di privilegiare la funzione repressiva dello Stato, anche a discapito del singolo individuo.

Per tale ragione furono aumentati i poteri autoritativi del Giudice e del Pubblico Ministero affinché s'impedissero impugnazioni che, per il regime fascista, compromettevano l'ordinamento processuale allora vigente.

Difatti si negava all'imputato anche il solo pensiero di poter impugnare un provvedimento restrittivo *de libertate*: che senso ha consentirgli di impugnare - si diceva - se non ha contezza degli indizi a suo carico?

Solo il PM poteva impugnare e l'ordinanza oggetto di gravame era o quella con la quale il Giudice istruttore disponeva la scarcerazione o quella con la quale rigettava la richiesta di emissione di un mandato di cattura o, infine, quella con la quale revocava il mandato prima emesso.

L'idea di una possibile simmetria tra accusa e difesa era allora del tutto inconcepibile

preferendosi la valorizzazione del ruolo del PM oltre che la salvaguardia dell'autorità del Giudice.

L'una e l'altra cosa si ottenevano, per esempio, negando alla parte privata qualsiasi facoltà di sindacare il titolo del reato come individuato dal Giudice istruttore e riservando tale facoltà al solo PM.

Nella stessa direzione - a fronte di provvedimenti di remissione in libertà - era la previsione dell'effetto sospensivo dell'appello del pubblico ministero; sospensivo, s'intende, della efficacia di tali provvedimenti in modo da impedire qualsiasi loro interferenza con i compiti repressivi del PM¹. Contestualmente si conseguiva, come abbiamo, accennato, anche l'obiettivo di impedire le impugnazioni già *a priori* reputate infondate non potendo l'imputato conoscere, a causa del segreto istruttorio, né gli atti d'accusa e gli indizi di colpevolezza a suo carico, nè i motivi della

¹GABRIELI, *"Esposizione dei principi direttivi e spiegazione pratica del nuovo codice di procedura penale italiano"*, in Giust.pen., III, c.74 s

emissione nei suoi confronti del mandato di cattura.

La sola richiesta che poteva essere avanzata dall'imputato era quella della sua scarcerazione e poteva essere indirizzata solo al Giudice istruttore (o al P.M. qualora la carcerazione fosse stata da lui richiesta).

Perciò, quand'anche abilitato a chiedere la propria scarcerazione, l'imputato non aveva alcuna possibilità che il relativo provvedimento fosse sottoposto al controllo di organi giurisdizionali, monocratici o collegiali, diversi da quello che lo avevano emesso.

In definitiva, l'imputato era completamente emarginato dalla fase istruttoria, non potendo interloquire se non quando gli fosse stata negata la libertà provvisoria.

L'impianto normativo afferente la disciplina sulla libertà personale è rimasto pressoché lo stesso fino alla novella del 1955.

Il codice Rocco, alla luce della moderna concezione del processo penale, affidava il bene della libertà

personale al solo apprezzamento del Giudice, impedendo all'imputato qualsiasi intervento difensivo fino alla fase dibattimentale.

La compressione totale del diritto di difesa era giustificata proprio dall'imminenza del dibattimento escludendosi di fatto che prima di quel momento si potessero controllare giurisdizionalmente i motivi e/o gli indizi.

L'unico controllo possibile era, semmai, quello sulla fondatezza della *notitia criminis*.

Un primo passo verso una maggior considerazione del valore della libertà personale si è avuto con il d.lgs 10 agosto 1944 nr. 194, il cui art. 6, nel riprodurre il testo dell'art. 272 c.p.p., "*inserirà una forma di scarcerazione automatica limitatamente ai casi di concedibilità del beneficio della libertà provvisoria qualora la durata della carcerazione preventiva avesse superato i sei mesi per i reati di competenza del tribunale e gli otto per quelli di competenza della corte di assise,*

senza che fosse stato disposto il rinvio a giudizio"².

2. Dal d. lgs. lgt. 10 agosto 1944 nr. 194 alla "Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" - Un ulteriore passo in senso

garantistico si fece con l'aggiunta al succitato art. 6 d.lgs 194/1944 della previsione di un appello dell'imputato contro l'ordinanza pronunciata sull'istanza di scarcerazione per decorso del termine di custodia preventiva o per inesistenza del motivo di proroga del termine.

Fu, tuttavia, solo con il d.lgs del C.P.S. del 26 ottobre 1947 nr. 1252 che il gravame si estese, per i due gradi di giurisdizione, di merito e di legittimità, anche in materia di scarcerazione

^{2 2} M. Ferraioli, *"Il riesame dei provvedimenti sulla libertà personale"*, Milano, Giuffrè editore, 1989, pg.25

Il d. lgs. ult, cit., infatti, oltre a prorogare *sine die* la validità dell'art. 6 del d. lgs. lgt. 194/1944 statui che le ordinanze pronunciate a mente del predetto art. 6 fossero impugnabili dal pubblico ministero e dall'imputato, ai sensi dell'art. 280, c. 1 e c. 2, c.p.p.

Del resto, il tema dibattuto in quegli anni, approssimandosi l'avvento della Repubblica Italiana, fu quello di garantire più efficacemente il rispetto della libertà dell'individuo non ancora sottoposto a procedimento penale e, quindi, non ancora dichiarato colpevole. Si sentiva, altresì, il bisogno di arginare gli abusi compiuti dalla polizia giudiziaria, ponendola sotto la diretta dipendenza del pubblico ministero o del Giudice istruttore, nonché di umanizzare lo strumento della carcerazione preventiva, ma soprattutto si riteneva fosse venuta a maturazione l'esigenza di predisporre un ordinato complesso di garanzie riguardanti i provvedimenti restrittivi della libertà personale.

Si propose, perciò, un controllo sulla legittimità dell'arresto, sui casi di emissione del mandato di cattura e su quelli di perenzione dell'arresto, nonché sui limiti del diniego della libertà provvisoria o della scarcerazione per insufficienza di indizi.

Si voleva, ancora, che fosse il Giudice del dibattimento *"a decidere sulla legittimità dello stato di custodia preventiva, anche quando di essa si fosse già occupato il Giudice istruttore; di sopprimere l'efficacia sospensiva dell'impugnazione allorché si trattasse di impugnativa del pubblico ministero avverso provvedimenti concernenti la libertà personale dell'imputato.*

La previsione dell'immediata ricorribilità per Cassazione per violazione di legge contro i provvedimenti restrittivi della libertà personale di cui al nascente articolo 111 della Costituzione, confermando i propositi e la *ratio* degli atti legislativi di cui sopra, fece risaltare la carenza di un complesso di garanzie attinenti la materia della libertà personale dell'imputato.

Si ricorda che l'art. 524 del c.p.p. dell'epoca consentiva il ricorso per Cassazione soltanto contro le pronunce di appello o in primo grado se inappellabili.

Tutto ciò, per converso, dette avvio a un crescente movimento di pensiero giuridico volto ad ottenere l'adeguamento della disciplina sulle libertà ai nuovi principi e valori costituzionali.

Nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della carta costituzionale, si pose la questione circa l'operatività, immediata o meno, del dettato costituzionale relativamente all'art. 111, una vera disputa tra dottrina e giurisprudenza anche riguardo l'ambito di applicabilità in materia penale afferente le impugnazioni.

Il 21 giugno 1952 le sezioni unite della Corte di Cassazione sgombrarono ogni dubbio a favore della tesi della precettività e dell'immediata applicabilità del dettato costituzionale³.

In seguito, il 18 giugno 1955, fu emanata la legge nr. 517 di riforma del codice di procedura penale

³ Cass.,Sez.un. 21.6.1952, Ricci, in Giust. pen. 1952, III, c.577

(c.d. piccola riforma) che riguardò un centinaio di articoli del codice Rocco.

Le modifiche più importanti (con riguardo al tema del presente elaborato) furono l'inserimento dell'art. 263 *bis* c.p.p., che legittimava l'impugnazione a ricorrere in Cassazione per violazione di legge contro gli ordini o i mandati di cattura o di arresto emessi in qualsiasi stato e grado del procedimento penale e l'inserimento dell'art. 272 *bis* del c.p.p. il quale, per un verso, autorizzava l'imputato ad impugnare, prima con appello e poi con ricorso in Cassazione, i provvedimenti in tema di scarcerazione e, per altro verso, definiva l'immediata ricorribilità avverso le ordinanze dello stesso contenuto emesse negli atti preliminari al dibattimento o nel corso dello stesso.

Nonostante i tentativi di apertura verso una graduale modifica delle impugnazioni contro i provvedimenti restrittivi della libertà personale, la sperequazione tra la posizione del pubblico

ministero e quella dell'imputato continuava ad essere tutta a favore del primo.

Solo il PM era autorizzato ad impugnare nel merito i provvedimenti di rigetto della richiesta di emissione di mandato di cattura; di revoca di un mandato di cattura; di ordine di ricovero dell'imputato in manicomio ed altri provvedimenti similari.

All'imputato, invece, non era permesso lamentare alcuna doglianza circa la fondatezza del fatto reato attribuitogli mentre al contrario al P.M. era permesso di sollecitare più volte il Giudice di appello sul merito di tale fondatezza.

Secondo la giurisprudenza dell'epoca l'unica possibilità per l'imputato di richiedere un controllo di merito sul provvedimento restrittivo della libertà personale era avverso i provvedimenti di diniego di scarcerazione ai sensi del codice di procedura penale, senza poter esperire il ricorso per Cassazione, ammesso solo quando le fonti di prova fossero risultate totalmente assenti.

Marcata era comunque la differenza tra legittimità e merito ritenendosi che attraverso il ricorso in Cassazione fosse possibile solo dedurre motivi legati al primo profilo (legittimità) e non al secondo (merito).

Basta sottolineare che per la giurisprudenza del tempo si riteneva più che sufficiente, in relazione alla motivazione del provvedimento, il rapporto della polizia giudiziaria o le risultanze delle indagini compiute.

Era diffusa la convinzione che il giudice non fosse obbligato ad enunciare le ragioni per le quali aveva considerato gli indizi sufficienti, né doveva dare dimostrazione della loro reale sussistenza.

Tutto ciò si scontrava con una parte della dottrina che invece sosteneva che il giudizio di legittimità non poteva prescindere da una certa valutazione di merito quando la motivazione del provvedimento restrittivo fosse incompleta, illogica o non confermativa delle risultanze probatorie.

La dottrina era convinta che, attraverso argomentazioni apodittiche e apparenti, oppure

attraverso roboanti formulazioni di testi normativi, si potesse eludere il percorso mentale del giudice, secondo gli schemi della legge, relativi al *fumus commissi delicti* ed al *periculum libertatis*.

Su posizioni diametralmente opposte e di intransigenza era la giurisprudenza per la quale i motivi del ricorso di legittimità non potevano mai investire le fondamenta dell'imputazione, ma dovevano riguardare solo le questioni di legittimità del provvedimento ovvero vizi invalidanti quali la falsa sovrapposizione, *ictu oculi*, tra fattispecie concreta ed astratta.

Visto, si diceva, che il sindacato della Corte di Cassazione non può estendersi alla verifica della esistenza degli elementi di colpevolezza relativi al fatto contestato, non vi è ragione di richiedere al giudice una adeguata motivazione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale.

Quella esigenza di garanzia propugnata da più parti della dottrina nel voler conoscere il ragionamento mentale del giudice veniva sistematicamente

disattesa; rendendo insindacabile il merito, il giudice non aveva nessun obbligo di motivare.

Ed ancora, l'assenza di parametri idonei a modulare la scelta dell'uso del potere con riguardo ai provvedimenti restrittivi della libertà personale, impedivano di fatto al giudice di legittimità una qualsiasi verifica di adeguatezza e gradualità degli stessi.

Occorre, invero, ricordare che la notevole incertezza legislativa sulla carcerazione preventiva, nonostante i richiami costituzionali e le pronunce giurisprudenziali espresse in tale contesto, consentivano il formarsi di separati orientamenti di pensiero circa le finalità della stessa "custodia preventiva" *ante iudicium*.

Secondo un primo filone, la custodia preventiva aveva natura endoprocessuale e doveva servire strumentalmente a preservare la genuinità delle prove e, più in generale, a soddisfare le esigenze strettamente connesse al processo.

Si voleva, di fatto, impedire che l'imputato libero potesse frapporsi nella regolarità della raccolta

degli elementi probatori, ma si escludeva che la detenzione fosse in qualche modo un'anticipazione della pena.

Un altro orientamento poneva l'accento non soltanto sulle esigenze istruttorie, ma, soprattutto, sulla salvaguardia dell'ordine giuridico, posto in crisi a causa della violazione di norme e reintegrato con la partecipazione coattiva dell'imputato in adempimento al dovere di solidarietà sociale.

Per altro verso si giustificava la natura del provvedimento restrittivo quale strumento di difesa della collettività, non contrastante con il principio costituzionalmente garantito di non colpevolezza dell'imputato⁴.

Si ribadiva, così, che la carcerazione preventiva ben poteva essere giustificata da ragioni non coincidenti con le esigenze istruttorie.

Nonostante la sentenza della Corte costituzionale 23 aprile-4 maggio 1970 nr. 64 favorevole alla valenza esclusivamente processuale della carcerazione preventiva e contraria ad una valenza

di anticipata espiazione della pena, la stessa Corte costituzionale ha finito per prediligere una pluralità di funzioni della carcerazione preventiva, tra cui quella del "*presidio della difesa sociale*" per affermare solo in tempi successivi la necessità di leggere l'art. 13 Cost. (<<*La libertà personale è inviolabile*>>) unitamente al principio posto dall'art. 27, c. 2, Cost. (<<*L'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva*>>).

Fu proprio il combinato di questi due articoli con l'art. 24 Cost. - proclamante che <<*la difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*>> - in uno con le pronunce europee fondate sulla "*Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*" (CEDU) ratificata e resa esecutiva in Italia nel 1955 che il Parlamento iniziò a muovere i primi passi verso una riforma in tal senso del codice di procedura penale.

⁴Cass. Sez. I, 15 maggio 1978, Lobba in Cass. Pen. Mass. Annot. 1979 p.380, n 402.

Gli articoli 5 e 6 della CEDU indicano chiaramente i diritti della persona sottoposta a restrizione⁵.

Per l'art. 5 " Diritto alla libertà e alla sicurezza - 1) *Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge:*

a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente;

b) se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge;

c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso;

⁵ La CEDU – Roma 4 novembre 1950 – resa esecutiva in Italia con la Legge 4

d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente;

e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo;

f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione.

2) Ogni persona arrestata deve essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico. 3) Ogni persona arrestata o detenuta, conformemente alle condizioni previste dal paragrafo 1 c del presente articolo, deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a

esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura. La scarcerazione può essere subordinata a garanzie che assicurino la comparizione dell'interessato all'udienza.

4) Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima.

5) Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto a una riparazione."

Per l'art. 6 " Diritto a un equo processo - 1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla

fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza nn sia stata legalmente accertata.

3. In particolare ogni accusato ha diritto di:

a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;

- b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;
- c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;
- d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;
- e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza."

3. Dalla "Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" al Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale - Fu proprio sulla spinta europea che l'Italia tentò di sanare con legge un *vulnus* non più tollerabile, predisponendo un mezzo giudiziale veloce ed effettivo per il

controllo della legittimità della privazione cautelare della libertà.

Il primo tentativo in questa direzione fu fatto, nel 1962, dalla Commissione Ministeriale presieduta dal prof. Francesco Carnelutti, che creò una "bozza di Progetto", pubblicata nel 1963, orientata al sistema accusatorio, incompleta e tale da non costituire una effettiva riforma.

Nel 1965 il Parlamento delegò al Governo l'elaborazione del nuovo codice di procedura penale.

Dopo un lavoro protrattosi per tre legislature, il Parlamento approvò la legge-delega 3 aprile 1974 n. 108 in cui venivano enunciate ben 84 direttive.

Di particolare importanza era la premessa, secondo cui il nuovo codice di procedura penale doveva attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio ed inoltre adeguarsi ai principi della Costituzione ed alle norme delle convenzioni internazionali relative ai diritti della persona.

Sulla base della legge-delega del 1974 una Commissione Ministeriale predispose un Progetto

preliminare di 653 articoli, diviso in due Parti e composto di undici Libri.

Detto Progetto, pubblicato nel 1978, proponeva un tipo di processo di parti a struttura accusatoria con una tendenziale posizione di parità tra accusa e difesa; aboliva l'istruzione formale e la figura del giudice istruttore e spostava l'acquisizione della prova alla fase dibattimentale, che diventava il momento centrale del processo.

Per quanto riguarda la libertà personale si prevedeva che la durata massima della custodia preventiva in carcere dell'imputato non superasse, nei periodi processuali computabili dal momento di inizio della custodia fino alla conclusione del giudizio in prima istanza e dall'inizio della custodia stessa fino al giorno in cui la sentenza diviene irrevocabile, rispettivamente i quindici mesi e i quattro anni, pena la caducazione d'ufficio della misura.

Si statuì, inoltre, il divieto di nuova custodia preventiva in carcere per la persona scarcerata in seguito a sentenza di assoluzione.

La gradualità degli strumenti di coercizione personale fino alla custodia in carcere, la possibilità di disporli solo nei casi "gravi" ed in presenza di precise ed inderogabili necessità istruttorie, la sussistenza a carico dell'imputato di sufficienti elementi di colpevolezza, la finalità di tutela della collettività, la delimitazione della loro durata, si ponevano come strumenti volti a contenere entro margini ben definiti la facoltà del giudice di ordinare la cattura; facoltà finalmente esercitabile secondo regole rigorose e motivate, dirette al soddisfacimento delle concrete necessità di accertamento dei fatti⁶.

Nel Progetto si stabilì in particolare: 1. che la libertà delle persone potesse essere limitata esclusivamente per esigenze cautelari: 2. che nella applicazione delle misure il giudice dovesse tener conto della specifica idoneità di ognuna in relazione alla natura ed al grado delle esigenze da soddisfare con il divieto di ricorrere a misure

⁶M. Chiavario, *"La custodia preventiva nel faticoso e tortuoso cammino delle*

sproporzionate all'entità e gravità del fatto contestato.

Il ricorso al provvedimento restrittivo della libertà personale doveva consentirsi non per forzare l'imputato a fare dichiarazioni, ma soltanto per evitare la "fuga", il "pericolo di fuga", il "pericolo per l'acquisizione e la genuinità della prove".

Inoltre le misure, che venivano finalmente individuate analiticamente, dovevano essere applicate in presenza di sufficienti indizi di colpevolezza.

Da ultimo il passaggio più importante: il provvedimento restrittivo della libertà personale, graduabile fino alla custodia cautelare in carcere, era impugnabile anche nel merito dinanzi ad un Tribunale in Camera di Consiglio e nel contraddittorio tra pubblico ministero ed imputato. Questo passaggio rappresentava il momento più significativo del progetto *de quo* senza dubbio

improntato al maggior rispetto possibile dell'impianto costituzionale.

Altro momento significativo era la previsione della facoltà, riconosciuta sia al pubblico ministero che all'imputato, di impugnare in appello ed in Cassazione.

In definitiva le direttive del legislatore del 1974, per ciò che concerne i controlli avverso i provvedimenti restrittivi della libertà personale, si specificavano nell'esigenza di vincolare la discrezionalità del giudice, ancorandola a precisi parametri di riferimento nell'adozione della misura cautelare.

Si fissava una concreta garanzia per la libertà personale, opponendosi a quel "*vuoto di fini*" che caratterizzava i provvedimenti coercitivi fino ad allora utilizzati.

4. Dal Progetto preliminare del 1978 alla legge 5 agosto 1988 nr. 330 - Il Governo, dopo aver chiesto numerose proroghe, lasciò scadere il termine

previsto dalla legge-delega senza tradurre in legge il progetto.

Tale comportamento può trovare la sua spiegazione nel difficile momento che l'Italia attraversava in quel periodo, a causa della grave situazione creata dal terrorismo e da altre forme di criminalità organizzata. Tuttavia, l'esigenza di avere un nuovo codice di procedura penale permaneva e diventava, anzi, sempre più urgente per le gravi disfunzioni presenti nella amministrazione della giustizia.

Ci si doleva, soprattutto, della estrema lentezza dei processi, delle lunghe - e spesso ingiustificate - carcerazioni preventive (la maggior parte dei detenuti era costituita da imputati in attesa di giudizio), della compressione dei diritti della difesa ed altre notevoli carenze. Cosicché il Parlamento si mise al lavoro per elaborare una nuova legge-delega, che tenesse anche conto dei rilievi e delle critiche che erano state mosse alla precedente legge-delega del 1974 ed al Progetto del 1978.

Merita, a questo punto, porre l'accento su alcuni passaggi parlamentari (relativi ai controlli sui provvedimenti cautelari) che portarono al varo del nuovo codice di procedura penale.

Uno dei passaggi chiave dell'*iter* parlamentare del nuovo codice di procedura penale era la consapevolezza di dover conciliare un sistema concepito per escludere i controlli in materia di cautele personali e le spinte innovative che andavano nella direzione opposta (quella, cioè, volta ad ottenere controlli giurisdizionali capaci di tutelare l'esigenza di libertà e dignità costituzionalmente garantite).

Poiché era difficile immaginare il trasferimento del segreto istruttorio ad un organo collegiale esterno, si pensò ad un controllo di merito concepito come un "riesame" da attuarsi in tempi rapidissimi, senza inconvenienti procedurali e diverso da una vera e propria impugnazione (la quale avrebbe comportato, per la necessità di consentire piena conoscenza degli atti alla difesa, la violazione del segreto istruttorio).

In pratica, al fine di evitare la modifica strutturale dell'impianto del processo penale, si arrivò ad un momento di verifica dell'ampia discrezionalità del giudice nel settore dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, attraverso il rimedio, per l'appunto, del riesame.⁷ Non si mancò nell'occasione - per l'appunto al fine di limitare l'ampia discrezionalità del giudice - di modificare i parametri di scelta che dovevano essere dallo stesso utilizzati nella predisposizione dei mandati di cattura.

Venne modificata, in particolare, la norma che richiama il pericolo di fuga e di inquinamento delle prove e si sostituì la "*sommatoria enunciazione degli indizi di colpevolezza*" con la "*specificata enunciazione*" degli stessi.

Nello stesso ordine di idee si andava a catalogare, tipizzandole, le singole misure cautelari secondo criteri di gradualità progressiva.

In tale contesto, il nascente Tribunale della libertà veniva visto più come un meccanismo di

⁷ RIZZO, *Bollettino delle Commissioni*, nr.471 p.20/21

controllo sull'operato del giudice che come un organo giurisdizionale deputato alla salvaguardia dei diritti individuali di libertà messi potenzialmente in pericolo da provvedimenti cautelari.

Il problema principale era definire l'oggetto del riesame ed il magistrato a cui affidarlo.

La configurabilità del rimedio come mezzo ordinario di impugnazione veniva esclusa dagli stessi proponenti il progetto di riforma, intenti a difendere il segreto istruttorio e ad impedire all'imputato la cognizione dello stesso quale necessario mezzo di difesa.

Frattanto, in attesa di una riforma strutturale del codice di procedura penale, la legge 12 agosto 1982 nr. 532 - recante *"Disposizioni in materia di riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale e dei provvedimenti di sequestro. Misure alternative alla carcerazione preventiva."* istituiva nei Tribunali le Sezioni deputate ad esaminare le impugnazioni avverso i provvedimenti cautelari.

Con il Tribunale della libertà non si abolivano i "controlli" che il legislatore aveva assicurato anteriormente, semmai se ne aggiungeva un altro, distinto, rimesso ad un organo diverso dall'autore del provvedimento.

Il sistema si arricchiva nel senso che si rendeva possibile un controllo sui provvedimenti cautelari oltre che da parte degli organi monocratici da cui erano stati emessi anche da parte di uffici collegiali esterni, sollecitati a pronunciarsi in via di riesame, di appello o di mera legittimità.

Un sistema che finalmente offriva all'imputato un controllo sui provvedimenti *de libertate* in conformità alle garanzie costituzionalmente enunciate.

Detto altrimenti: la libertà personale può essere limitata nelle sole forme indicate dalla Costituzione ossia con atto motivato e nei soli casi e modi previsti dalla legge, la quale deve fissare i termini massimi della carcerazione preventiva.

I rimedi contro i provvedimenti *de quo* non possono che esser diretti a verificare l'esistenza delle condizioni per le quali l'imputato possa essere privato della libertà, secondo quella connotazione tipica di riscontro incidentale che li specifica e li differenzia dai controlli che si sollecitano sul fatto, attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione.

Nei controlli sui provvedimenti privativi della libertà "merito" e "legittimità" sono le vie attraverso cui si mira a riguardare la legalità del provvedimento, ovvero la rispondenza dell'iniziativa cautelare alla legge.

Successivamente la legge 28 luglio 1984 nr. 398 - recante *"Nuove norme relative alla diminuzione dei termini di carcerazione cautelare ed alla concessione della libertà provvisoria"* - interveniva sulla norma di riferimento affinché l'imputato potesse chiedere un controllo del provvedimento cautelare in tempi adeguati all'elaborazione di una migliore linea difensiva, dando altresì, potere al giudice del Tribunale di

"*reformare*" il provvedimento cautelare in carcere sostituendolo con altra misura meno afflittiva.

Ed ancora, con la legge 5 agosto 1988 nr. 330, cosiddetta "*anticipatrice del nuovo codice*", si dava la possibilità al difensore di chiedere l'audizione dell'imputato in Camera di consiglio, davanti al giudice del riesame, aumentando contestualmente i poteri cognitivi e decisorii di codesto, fino a consentirgli di sostituire, anche d'ufficio, una misura cautelare con un'altra a suo giudizio soddisfattiva delle paventate esigenze cautelari.

Con la stessa legge veniva altresì concesso il ricorso per Cassazione "*omisso medio*" per motivi di legittimità.

Nonostante il percorso tracciato dalla CEDU ed i passi fatti in quella direzione non si era, tuttavia, ancora arrivati ad un vero e proprio controllo giurisdizionale del provvedimento cautelare.

Era arrivato il momento di codificare l'intero sistema processuale penale.

5. Dalla legge 5 agosto 1988 nr. 330 al vigente

codice di procedura penale - La nuova legge-delega veniva approvata dal Parlamento con la legge 16 febbraio 1987 n. 81.

Premesso, ancora una volta, che il codice di procedura penale avrebbe dovuto attuare i principi della Costituzione ed adeguarsi alle norme delle Convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona nel processo penale, la nuova legge-delega ribadiva che doveva essere adottato il sistema accusatorio e fissava in 105 punti le direttive alle quali doveva adeguarsi il nuovo processo.

Senza entrare nei dettagli, segnaliamo solo alcune delle direttive di carattere generale fissate dal legislatore delegante.

Si stabilì, innanzitutto, che il nuovo processo dovesse ispirarsi alla massima semplificazione delle forme e si dovesse adottare il principio di oralità.

Si affermò che accusa e difesa dovessero essere trattate su base di parità in ogni stato e grado del procedimento, con obbligo del giudice di provvedere senza ritardo sulle richieste delle parti e dei difensori.

Si prevede il diritto dell'imputato o del fermato di essere avvertito immediatamente della facoltà di nominare un difensore e di farsi assistere dallo stesso nell'interrogatorio nonché, in caso di carcerazione preventiva, di conferire con lui immediatamente o subito dopo l'esecuzione del provvedimento limitativo della libertà personale.

Si stabilirono precise garanzie per il difensore in ogni stato e grado del procedimento.

Vennero previste misure alternative alla custodia in carcere e venne fissato un termine massimo di quattro anni per la carcerazione preventiva per i reati più gravi.

Inoltre, vennero previsti: l'obbligo del giudice di controllare costantemente l'adeguatezza e la proporzionalità della misura cautelare; la riesaminabilità - in Camera di consiglio e con

garanzia del contraddittorio - del merito della misura; la ricorribilità in Cassazione e l'immediata esecutività dei provvedimenti di rimessione in libertà dell'imputato.

Il testo del nuovo codice di procedura penale è stato predisposto da una Commissione ministeriale e sottoposto al controllo di «conformità alla delega» dalla Commissione parlamentare presieduta dal prof. Marcello Gallo.

Dopo l'approvazione del Governo, il Presidente della Repubblica, Francesco Cossiga, emanava il D.P.R. 22 settembre 1988 n. 447, controfirmato dal Guardasigilli prof. Giuliano Vassalli⁸.

La disposizione sulla sede del *"Tribunale della Libertà"* è posta dall'art. 309 c. 7 c.p.p. per il quale *"Sulla richiesta di riesame decide in composizione collegiale il Tribunale del luogo nel quale ha sede la corte di appello o la sezione distaccata della corte di appello nella cui circoscrizione è compreso l'ufficio del giudice che ha emesso l'ordinanza"*.

In Toscana il Tribunale della libertà ha sede a Firenze.

Considerato come ufficio, il Tribunale della libertà deve, al pari degli altri uffici giudiziari, soddisfare pienamente i requisiti della costituzione per legge, dell'imparzialità e dell'indipendenza.

Considerato come collegio, i magistrati da cui è composto sono, naturalmente, soggetti alle norme sulla incompatibilità, sulla astensione e sulla riconsiliazione⁹ che hanno trovato puntuale conferma anche in sede europea, in particolare il requisito della imparzialità definito dalla Corte di Strasburgo come *"assenza di pregiudizio o di partiti presi"*.¹⁰

Il diritto a ricorrere ad un Tribunale per far esaminare la fondatezza o meno del provvedimento cautelare è stabilito dallo stesso art. 309, nonché dall'art. 310 del codice di procedura penale.

⁸ Pubblicato, poi, nel Supplemento della Gazzetta Ufficiale del 24 ottobre 1988, che prevede il termine di un anno per l'entrata in vigore del codice

⁹ E. Zappalà, *"La Riconsiliazione del Giudice Penale"*, Milano, 1989, pg.93

¹⁰ Corte eur. , 1 ottobre 1982, Piersack e Belgio § 31

Esiste anche un terzo mezzo di impugnazione che è il ricorso in Cassazione ma soltanto per motivi di legittimità e, perciò, non verrà trattato in questa sede.

6. I singoli istituti della disciplina vigente -

Cominciamo dalle impugnazioni: riesame ed appello. Il *riesame* è ammesso contro quei provvedimenti (ordinanze) che applicano una misura cautelare ex art. 309 c.p.p. e la richiesta può essere proposta soltanto dall'imputato o dal suo difensore.

L'*appello*, invece, è ammesso nei confronti di tutti gli altri provvedimenti applicativi di misure cautelari personali e può essere proposto anche dal P.M.

Pur somigliandosi quali mezzi d'impugnazione, il riesame e l'appello mantengono forti differenze e si ricorre all'uno o all'altro a seconda del tipo di provvedimento da impugnare.

6.1. Il riesame - Il *riesame* rappresenta l'archetipo del modello di impugnazione.

L'imputato/indagato o il suo difensore, presentando l'atto di riesame al Tribunale della Libertà, devolvono a esso l'intera faccenda *de libertate*.

Non è necessario per l'istante specificare i motivi e/o contrastare le deduzioni del PM in sede di richiesta della misura cautelare.

Al giudice del riesame è devoluta l'intera *res iudicanda*, sia sotto il profilo di legittimità, sia sotto il profilo di merito, e soltanto in fase camerale, se richiesto, dovrà ascoltare gli eventuali motivi addotti dalla parte colpita dal provvedimento in parola.

Superando il *tantum devolutum quantum appellatum* il giudice del riesame, al contrario del giudice dell'appello, avrà piena libertà di riformare, annullare e/o modificare il provvedimento impugnato, anche per motivi e/o ragioni differenti da quelli proposti dall'istante.

I motivi per cui i poteri del giudice del riesame sono così ampi ed incisivi risiedono nella natura dell'atto impugnato.

Tenendo presente che il provvedimento, come abbiamo detto sopra, si basa esclusivamente su elementi dedotti dal PM *inaudita altera parte* e concernenti un soggetto che non conosce gli atti non stupisce che il legislatore abbia attribuito al giudice del riesame una funzione di "*supplenza*" affidandogli il controllo della *quaestio libertate* sotto tutti i profili quasi a sanare tutti i possibili vizi incolpevolmente prodotti da ambo le parti¹¹.

In particolar modo il giudice del riesame dovrà affrontare sia gli aspetti formali del provvedimento sia quelli sostanziali, tenendo sempre presente che la sua decisione è un rimedio *ex post*.

Il compito del giudice è arduo perché dovrà prestare particolare attenzione a non scivolare nel pericolo, sempre incombente, di "*collaborazione*" col GIP.

Oltre al controllo formale, il giudice del *riesame* dovrà effettuare un controllo sostanziale dell'atto, ovvero verificare se i presupposti per

¹¹ A. Confalonieri, *Il controllo sulla custodia cautelare*, Padova, 1996, pg.199

la sua emissione, oltre a sussistere, siano tali da giustificare la scelta di quella particolare misura.

In primis occorrerà stabilire se siano emersi a carico dell'imputato/indagato i *gravi indizi di colpevolezza*, e se almeno una delle esigenze cautelari si sia verificata.¹²

6.2. L'appello - Anche tale mezzo si utilizza per impugnare provvedimenti cautelari solo che esso può essere proposto anche dal PM e, dunque, avere ad oggetto le ordinanze di rigetto pronunciate dal GIP.

Vengono qui in considerazione non solo le ordinanze di rigetto della misura chiesta dal PM, ma anche quelle con cui il GIP nega al PM la sostituzione della misura degli arresti domiciliari con quella più afflittiva della custodia cautelare in carcere. Oppure l'ordinanza con la quale il GIP nega all'indagato/imputato la sostituzione della misura degli arresti domiciliari con quella di

sottoposizione all'obbligo della firma presso la polizia giudiziaria.

In entrambi i casi la misura cautelare è già data e l'appello al Tribunale della Libertà si propone contro il provvedimento che la mantiene in essere.

Nonostante l'identica natura di gravame e le molte similitudini le differenze maggiori tra riesame ed appello si riscontrano nei poteri cognitivi del giudice.

L'obbligo previsto dall'art.310, c. 1, c.p.p. di enunciare i motivi dell'appello è espressione dell'applicabilità, in tale mezzo di gravame, del principio *tantum devolutum quantum appellatum*.

6.3. I gravi indizi di colpevolezza - Costituiscono la prima delle condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari previste dall'art. 273 c.p.p..

Per il primo comma "*Nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza*", il che ben si

¹² P. Tonini, "Manuale Breve di diritto processuale penale" , 2012, Milano, Giuffrè,

comprende se si considera che per l'art. 13 Cost. "la libertà personale è inviolabile" e che l'imputato, finché non sia pronunciata contro di lui una sentenza di condanna passata in giudicato non può essere considerato colpevole giusta la previsione di cui all'art. 27, c. 2, Cost..

Le altre condizioni sono previste dal comma 2 che vieta l'applicazione delle misure se ricorre una scriminante o una causa di non punibilità o di estinzione del reato o della pena.

Agli artt. 272 e 273 c.p.p. corrisponde, nel diritto comunitario, l'art. 5 della CEDU: per il comma 1 ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza; nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi e modi previsti dalla legge; per arrestare una persona occorrono "motivi plausibili di sospettare" che abbia commesso un reato o motivi fondati di ritenere che sia

necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso¹³.

Il comma 3 prevede che ogni persona accusata della commissione di un reato sia tradotta al più presto dinanzi a un giudice per essere giudicata entro un termine ragionevole e di essere messa in libertà durante la procedura se non sussistano i suddetti motivi di sospetto.

Come abbiamo visto, la normativa italiana, al posto dei "*motivi plausibili di sospettare*" di cui alla Convenzione impone i "*gravi indizi di colpevolezza*" ed almeno la presenza di una delle esigenze cautelari tassativamente previste.

Parrebbe che la normativa italiana sia più garantista di quella europea per ciò che attiene alla libertà personale.

In seguito ai numerosi interventi della Corte Costituzionale ed ai conseguenti atti legislativi il Tribunale della Libertà è chiamato a verificare pedissequamente che il contenuto probatorio abbia i requisiti della "prova" dibattimentale.

¹³ ¹³ M Chiavaro, "*La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle*

Non bastano più i "sufficienti indizi", occorrono i "gravi indizi", svanisce la differenza tra prova diretta (o critica) e indiretta, le similitudini tra prova e grave indizio. La "prova cautelare" allo stato degli atti deve essere sovrapponibile alla "prova dibattimentale".

Questo vuol dire che non potranno essere più sufficienti le dichiarazioni dei pentiti se non corroborate da riscontri oggettivi; non potranno più essere utilizzate le dichiarazioni rese da *informatori* se queste resteranno anonime; non saranno più oggetto di valutazioni le sommarie informazioni rese alla polizia giudiziaria o al P.M., tanto meno le dichiarazioni *de relato*; non potranno più essere utilizzate le dichiarazioni rese dai pentiti se non con i dovuti riscontri. In definitiva risulta necessario che il giudizio prognostico di colpevolezza che il giudice deve formulare sulla base delle risultanze probatorie prima di emettere un provvedimento cautelare personale, sia quanto di più simile a quello che

utilizzerebbe il giudice in fase dibattimentale ai sensi degli artt. 187 e seguenti c.p.p..

6.4. Le esigenze cautelari - Sono tre, elencate all'art. 274 c.p.p.: 1) il concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova; 2) la fuga o il concreto pericolo di fuga dell'imputato qualora il giudice ritenga che possa essere comminata una pena superiore a due anni di reclusione; 3) il concreto pericolo che l'imputato commetta nuovi e gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale o delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Per quanto riguarda il pericolo di inquinamento delle prove questo non deve desumersi da mere presunzioni di carattere generale e descrittivo, ma da precisi e concreti elementi oggettivamente riscontrabili.

Il pericolo di fuga, altresì, non può desumersi soltanto dall'entità della pena, così che più è elevata la pena edittale e maggiore è il pericolo di fuga. Oltre a questo vanno presi in

considerazione altri elementi che suffragano l'ipotesi di fuga quali il domicilio, le possibilità economiche, i legami familiari, il possesso e meno del passaporto o la sua richiesta¹⁴.

Quanto al pericolo di reiterazione del reato, non può essere sufficiente la verifica dei precedenti penali, ma si deve tener conto dei fatti oggetto d'imputazione, delle circostanze dell'azione, della personalità del soggetto.

Parametri condivisi in sede europea con la precisazione che per legittimare il perdurare della restrizione della libertà personale nel tempo, occorra verificarne costantemente l'attualità. Una delle principali conquiste per i fautori della "vera" civiltà giuridica è stata assicurare al procedimento a difesa delle garanzie "*de libertate*" un contraddittorio ad armi pari tra la parti davanti ad un giudice terzo ed imparziale.

E' appena il caso di ricordare che il "*Tribunale della libertà*" nasce come contrappeso allo

¹⁴G. Conso, "*La libertà provvisoria a confronto con le esigenze di tutela della*

strapotere della pubblica accusa in un sistema penale di tipo accusatorio. Nonostante la ratifica della Convenzione europea del 1950, il sistema delle garanzie sulla libertà personale lasciava a desiderare; il segreto istruttorio, l'assenza di contraddittorio, l'inconsistenza della azione difensiva erano la regola e non l'eccezione. Tutto ciò nonostante il richiamo della Convenzione e le numerose pronunce della Corte di Strasburgo. Solo con la legge 5 agosto 1988 nr. 330 appare un traccia di contraddittorio, cartolare o orale, in udienza a seconda della scelta del difensore, completamente al buio, senza la possibilità di condividere gli elementi di prova a carico dell'imputato¹⁵. L'obiettivo minimo affinché si possa parlare di un controllo giurisdizionale sulla detenzione *ante iudicium* è garantire alle parti le stesse opportunità di intervento e interlocuzione con il giudice in un'udienza *ad hoc* affinché il procedimento sia definibile "equo". Per assicurare ciò è necessario che il difensore possa, prima

collettività, ovvero la "Legge Reale" tra politica e diritto", cit., 473 e ss

ancora di comparire davanti al giudice, conoscere le carte dell'accusa affinché, giunti al momento dell'udienza camerale, sia in posizione di parità con il pubblico ministero. Ovvero che possa interloquire con il giudice senza che la naturale controparte benefici di vantaggi garantiti, vuoi dal segreto istruttorio, vuoi dalla naturale posizione di vantaggio. Tutto questo non vuol dire dare alle parti gli stessi poteri, atteso che ogni parte rappresenta e difende interessi contrapposti. La pubblica accusa accusa quelli dello Stato, l'imputato i propri.

6.5. L'udienza camerale - Si svolge ai sensi degli artt. 309, comma 8, e 310, comma 2, c.p.p. richiamante all'art. 127, c. 3, c.p.p. secondo il quale il pubblico ministero, il difensore e gli altri destinatari dell'avviso sono sentiti "*se compaiono*".

Ciò vuol dire che la partecipazione all'udienza è una facoltà, non un obbligo o un onere delle parti le quali si schierano, in ogni caso, in un

¹⁵ G. Di Chiara, "*Il contraddittorio nei riti camerali*", Milano 1994, 69 e ss e spec.75

"contraddittorio con parità di armi".¹⁶ L'accento, semmai, è stato posto sul dovere da parte dell'ordinamento di far conoscere alle parti la facoltà di potervi partecipare, affinché possano scegliere liberamente se partecipare o meno. Difatti l'invalidità della notificazione dell'avviso rende nullo il procedimento ex art. 178, c. 1, lettera c). Il pubblico non può parteciparvi: i motivi sono vari ed hanno natura diversa. L'udienza, se fosse aperta al pubblico, potrebbe risultare dannosa in riferimento alla presunzione di innocenza, la difesa di interessi "superiori" legati ai minori potrebbe essere inficiata, la pubblicità potrebbe compromettere gli accertamenti accusatori *in itinere* e così via. Per quanto riguarda i termini devono essere stretti. Ed in effetti entro dieci giorni dalla notificazione del provvedimento, l'imputato può impugnarlo.

Il presidente del Tribunale avvisa dell'impugnazione la Procura la quale, entro 5

¹⁶M. Ceresa Gastaldo, *"Il riesame delle misure coercitive nel processo penale"*,

giorni, trasmette il fascicolo contenente il provvedimento e tutti gli accertamenti compiuti. Entro dieci giorni dal ricevimento del fascicolo il Tribunale della libertà annulla, riforma o conferma l'ordinanza oggetto di riesame e/o di appello. Come si può notare, essendo in ballo il bene più importante dell'individuo, ossia la libertà, i tempi del procedimento sono rapidi sia pure nel rispetto delle forme procedurali poste a garanzia della giurisdizionalità dello stesso. L'elemento di maggior novità nello svolgimento dell'udienza camerale consiste nel fatto che l'imputato, finalmente, può parteciparvi in prima persona. Agli inizi, come abbiamo visto, la figura dominante era quella del P.M. e soltanto dopo numerosi interventi legislativi il difensore lo ha raggiunto in una posizione paritetica all'udienza camerale in contraddittorio. Il fatto che l'imputato possa presentarsi davanti al giudice a perorare la sua causa è un traguardo recente nonostante i numerosi e puntuali richiami europei provenienti da

Strasburgo. Grazie all'intervento della Corte europea, che ha rimarcato come l'assenza dell'interessato alla discussione afferente il provvedimento *de libertate* violasse le garanzie internazionali, anche l'Italia ha previsto l'intervento diretto dell'imputato/indagato all'udienza camerale per essere ascoltato direttamente dal giudice. Né il codice Rocco né la modifica del 1988 avevano previsto l'intervento dell'interessato volto a difendersi, in contraddittorio, per convincere il giudice a rimetterlo in libertà. E' necessario precisare che l'intervento diretto della persona sottoposta a provvedimento cautelare ha rilievo soprattutto per quanto riguarda le questioni di fatto. Per quanto riguarda le questioni di diritto occorre naturalmente la difesa tecnica, ossia il difensore di fiducia o quello d'ufficio. Non permettere all'interessato di partecipare di persona al contraddittorio è considerata una violazione al diritto di "autodifesa". Giova, peraltro, rilevare come dal disposto dell'art. 17, c. 4, con gli artt.

308 e 310 c.p.p. sembrerebbe che le "persone libere" possano godere di maggiori possibilità di partecipazione al contraddittorio camerale, in quanto la sola presenza basterebbe per essere ascoltati, mentre quelle detenute, e tra queste quelle in custodia fuori distretto, per parteciparvi devono fare espressa richiesta. Questo fatto contrasterebbe con il diritto comunitario e precisamente con l'art. 6 comma 3 lettera c) della CEDU. Lo stesso articolo, e precisamente la lettera e) recita: *"farsi assistere gratuitamente da un interprete se non si comprende o non si parla la lingua usata in udienza"* a sottolineare quanto importante sia la presenza in aula dell'interessato e quanto sia ancora più importante che lo stesso comprenda le accuse mossegli in una lingua comprensibile affinché possa difendersi ad armi pari in contraddittorio con l'accusa oppure al diritto di poter soltanto ascoltare quanto avviene *in procedendo*¹⁷.

Come detto nei capitoli precedenti, affinché la

¹⁷Corte eur., 28 novembre 1978, Luedicke, Belkacem ed Koc c. Germania

persona colpita da provvedimento cautelare possa difendersi davanti ad un tribunale, deve sapere il perché della propria detenzione. L'ordinanza, quindi, deve contenere, oltre i capi di accusa, le motivazioni, gli elementi di fatto, soprattutto gli elementi probatori che hanno permesso al giudice di pronunciarsi positivamente sul provvedimento in parola.

Il fine ultimo a cui mirava il richiamato intervento legislativo era far sì che il procedimento davanti al Tribunale della libertà potesse svolgersi dopo la presentazione degli argomenti probatori da parte dell'accusa e la loro disamina da parte della difesa, affinché un giudice terzo potesse deliberare *pro* o contro una delle parti. Ciò non vuol dire che l'accusa debba fornire tutto il materiale a sua disposizione ma solo quello pertinente al provvedimento senza che l'indagine sia compromessa dallo "*scoprire delle carte*" e ben consapevoli che non è facile conciliare le esigenze di tutela delle

investigazioni con quelle della difesa.¹⁸

Dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 24 giugno 1997, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 293 c. 3 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la facoltà per il difensore di estrarre copia dell'ordinanza cautelare e della richiesta del P.M. con gli atti ad essa allegati, è intervenuta a sanare il *vulnus* la Legge 8 agosto 1995 nr. 332, che ha aggiunto al testo dell'art. 293, comma 3, le parole "*insieme alla richiesta del pubblico ministero e agli atti presentati con la stessa*". La suddetta legge ha, altresì, modificato il comma 5 dell'art. 309 c.p.p. aggiungendo le parole "*nonché tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini*", sottolineando come la *discovery* investigativa, nell'insindacabile scelta di cosa trasmettere, debba anche fornire il materiale *in progress* creatosi a vantaggio del diritto di difesa.

L'ultima peculiarità che contraddistingue il

¹⁸M. Chiavario, "*Chiaroscuri di una novella dagli intenti chiarificatori*", in Legis.

procedimento di controllo giurisdizionale della legalità della detenzione, prima di una sentenza definitiva di colpevolezza, è il principio di *effettività* della pronuncia del Tribunale della Libertà. In altri termini il Tribunale della Libertà ha il potere di correggere gli errori di valutazione del giudice di *prima facie* ordinando immediatamente la liberazione della persona sottoposta al provvedimento cautelare quanto questo risulta ingiustificato. Il Tribunale della Libertà non solo è in grado di correggere gli eventuali errori, ma ha altresì il potere di sostituire la decisione del giudice precedente con la sua, annullando, riformando o confermando il provvedimento impugnato.

Quand'è che si può dire che la pronuncia del Tribunale soddisfa appieno il diritto sull'effettività? Quando il provvedimento arriva in tempi brevi non dovendosi mai dimenticare che i provvedimenti cautelari comprimono il bene più importante, cioè la libertà.

Dopo l'entrata in vigore del codice "Vassalli", si sono avuti un paio di aggiustamenti che hanno contribuito a rendere operativo ed autonomo un articolato sindacato nel merito e di legittimità, attuabile con il riesame, l'appello ed il ricorso in Cassazione, che pongono l'accento sull'impronta garantista che l'ordinamento ha voluto dare ogni qualvolta si arriva ad una restrizione della libertà *ante judicium*.

Da quanto sopra richiamato sembra potersi affermare che il vigente codice di procedura penale, per ciò che concerne la tutela della libertà personale del singolo colpito da un provvedimento cautelare, abbia realizzato una normativa idonea a soddisfare un equilibrio ragionevole tra esigenza del singolo ed esigenza della collettività.

7. La legge 16 aprile 2015 nr. 47 - 7.1. In generale - Come abbiamo accennato sopra, si tratta dell'ultimo intervento del legislatore in materia di controllo giurisdizionale sui provvedimenti *de libertate*.

La legge 47/15 è nata dall'esigenza di contrastare il fenomeno del sovraffollamento carcerario, dai moniti della Corte costituzionale, dagli obblighi di natura comunitaria e, infine, dai continui richiami della Corte europea per la sistematica violazione dei diritti dell'uomo¹⁹.

Preoccupazione tutt'altro che secondaria è stata poi quella per cui la privazione della libertà *ante iudicium* non diventasse un abuso per l'acquisizione di mezzi di prova o, peggio ancora, una sorta di anticipazione della pena.

La nuova legge, composta da 15 articoli, interviene su diverse disposizioni del codice di procedura penale, introducendo non poche novità.

"Dal punto di vista del contenuto le novità possono essere raggruppate in almeno tre ampi gruppi tematici. Un gruppo di disposizioni ridefinisce condizioni e criteri per la restrizione della libertà ante iudicium: in tema di <esigenze cautelari> gli artt. 1 e 2 emendano l'art. 274 c.p.p. lett. b) e c); a proposito dei <criteri di

¹⁹ Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torregiani c. Italia, in Cass pen. 2013

scelta delle misure> gli artt. 3 e 4 riscrivono sostanzialmente l'art. 275, comma 3, c.p.p. e vi aggiungono un comma 3-bis; gli artt. 5 e 6 modificano i poteri del giudice in caso di <trasgressione alle prescrizioni imposte> e di arresti domiciliari, sostituendo rispettivamente l'art. 276, comma 1-ter c.p.p. e interpolando l'art. 284 comma 5-bis c.p.p.; l'art. 9 aggiunge una frase al comma 4 dell'art. 299 c.p.p. con riferimento alla <revoca e alla sostituzione delle misure>. Altre disposizioni incidono su alcune specifiche misure: l'art.7 precisa le condizioni della <disciplina applicabile in caso di sospensione dell'esercizio di un pubblico ufficio o servizio> (in relazione all'art. 289, comma 2); l'art. 10 sostituisce il comma 2 dell'art. 308 (sopprimendo il comma 2-bis del medesimo articolo) ridefinendo i <termini di durata massima delle misure diverse della custodia cautelare>. Un terzo gruppo di norme, infine, modifica radicalmente gli obblighi motivazionali del giudice e, conseguentemente, anche i poteri di controllo sul

relativo provvedimento da parte del tribunale del riesame e della suprema Corte: l'art. 8 specifica ulteriormente i contenuti dell'<ordinanza del giudice> intervenendo sul comma 2, lett. c) dell'art. 292 c.p.p. e inserendo un nuovo comma 2-bis alla medesima disposizione; l'art. 11 riscrive la disciplina del riesame delle ordinanze che dispongono una misura coercitiva, arricchendo le previsioni dei commi 6, 8-bis e 9 dell'art. 309 c.p.p. aggiungendo un nuovo comma 9-bis e sostituendo l'intero comma 10 del medesimo articolo, coordinando infine le nuove disposizioni con l'art. 324 c.p.p.. L'art. 12 immette nuove disposizioni all'art. 310, comma 2 c.p.p. con riferimento all'appello al tribunale del riesame mentre l'art. 13 arricchisce la disciplina del ricorso per Cassazione con un nuovo comma 5-bis all'art. 311 c.p.p.²⁰.

Volendo sintetizzare il contenuto generale della novella, può dirsi che essa, innanzitutto, modifica

²⁰ F. Ruggieri, "Una riforma vola a circoscrivere la discrezionalità del giudice a tutela della libertà personale", -*Il rinnovamento delle misure cautelari*", Giappichelli,

l'articolo sui criteri di scelta delle misure cautelari, in modo che la custodia cautelare in carcere possa essere disposta solo laddove risultino inadeguate altre misure interdittive o coercitive.

Il carcere, quindi, diviene l'*extrema ratio* e le misure, a differenza del passato, possono essere applicate cumulativamente.

Per quanto attiene le esigenze cautelari ed in particolare il pericolo di fuga si osserva che per l'applicazione della custodia cautelare in carcere occorre che tale pericolo non sia solo concreto ma anche attuale.

Si prevede, inoltre, che le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possano essere desunte solo dalla gravità del titolo di reato per cui si procede.

Si prevede, altresì, che oltre alla gravità ed alle modalità del reato si prendano in considerazione anche altri parametri, quali i precedenti, i comportamenti, la personalità dell'imputato, ecc..

Viene meno la possibilità, per il giudice, di motivare l'applicazione della misura cautelare *per relationem* agli atti del pubblico ministero: detto altrimenti diviene necessaria un'autonoma motivazione che tenga conto anche degli argomenti della difesa.

La durata massima delle misure interdittive, quali la sospensione dall'esercizio della potestà genitoriale, la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, nonché il divieto di esercitare attività professionali o imprenditoriali, è aumentata da 2 a 12 mesi e perdono di efficacia quando sia decorso il termine fissato dal giudice nell'ordinanza.

Permane la presunzione di assoluta idoneità della custodia cautelare in carcere per reati particolarmente gravi, quali i delitti di mafia, di associazione terroristica, anche internazionale, di associazione sovversiva mentre, per altre fattispecie di reato (ad es. omicidio, violenza sessuale, sequestro di persona a scopo di estorsione) la misura della custodia cautelare non

trova applicazione qualora si riesca a dimostrare che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con il ricorso ad altre misure.

L'ultimo gruppo di norme concerne, come abbiamo detto, i mezzi di impugnazione delle ordinanze cautelari.

Il riesame viene innovato con la modifica dei commi 6, 8 *bis* e 9 e con l'aggiunta di un nuovo comma 10 all'art. 309 c.p.p.; l'appello con la modifica del comma 2 dell'art. 310 c.p.p.; il ricorso per Cassazione con l'inserimento di un nuovo comma 5 *bis* all'art. 311 c.p.p..

Niente affatto secondaria la previsione della facoltà riconosciuta all'imputato/indagato di presenziare al giudizio di *riesame* se si considera che le tante innovazioni apportate dagli artt. 11, 12 e 13 della l. 16 aprile 2015 n. 47 sono andate ad incidere sugli aspetti procedurali delle impugnazioni delle misure cautelari personali, segnatamente del riesame delle misure coercitive, in un'ottica di più accentuata garanzia

dell'adeguatezza e della celerità di tale mezzo di gravame.

Viceversa nessun coinvolgimento della persona offesa dal reato e del suo difensore è stato previsto nella novella in esame e ciò nonostante che le innovazioni relative alla 'partecipazione' di tali soggetti nel procedimento *de libertate* ai sensi dell'art. 299 commi 2-*bis*, 3 e 4-*bis* c.p.p., spingessero a valutare con attenzione una diversa soluzione. Invero, se si prevede la possibilità di incidere sull'esito di una richiesta di revoca con la presentazione di memorie, non pare azzardato pensare che facoltà analoghe possano interessare le ipotesi in cui l'imputato cerca di raggiungere il medesimo risultato liberatorio con la proposizione dell'istanza di riesame, pur dovendosi evitare, tuttavia, che venga così compromessa la celerità della procedura di controllo.

7.2. In particolare: l'articolo 11 - Per l'art. 11:

<< 1. Al primo periodo del comma 6 dell'articolo 309 del codice di procedura penale sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: "e l'imputato può

chiedere di comparire personalmente". 2. Al comma 8-bis dell'articolo 309 del codice di procedura penale è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "L'imputato che ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto di comparire personalmente".

3. Al comma 9 dell'articolo 309 del codice di procedura penale è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Il tribunale annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'articolo 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa".

4. All'articolo 309 del codice di procedura penale, dopo il comma 9 è inserito il seguente: "9 bis. Su richiesta formulata personalmente dall'imputato entro due giorni dalla notificazione dell'avviso, il tribunale differisce la data dell'udienza da un minimo di cinque ad un massimo di dieci giorni se vi sono giustificati motivi. In tal caso il termine per la decisione e quello per il deposito dell'ordinanza sono prorogati nella stessa misura".

5. Il comma 10 dell'articolo 309 del codice di

procedura penale è sostituito dal seguente: "Se la trasmissione degli atti non avviene nei termini di cui al comma 5 o se la decisione sulla richiesta di riesame o il deposito dell'ordinanza del tribunale in cancelleria non intervengono nei termini prescritti, l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde efficacia e, salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, non può essere rinnovata. L'ordinanza del tribunale deve essere depositata in cancelleria entro trenta giorni dalla decisione salvi i casi in cui la stesura della motivazione sia particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni. In tali casi, il giudice può disporre per il deposito un termine più lungo, comunque non eccedente il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione". 6. Al comma 7 dell'art. 324 del codice di procedura penale, le parole <articolo 309 commi 9> sono sostituite dalle seguenti "articolo 309, commi 9, 9-bis".

In sintesi le modifiche apportate all'art. 309 c.p.p. riguardano la comparizione personale

dell'imputato all'udienza camerale fissata per la decisione sul riesame, la nullità dell'ordinanza priva di motivazione o con motivazione difettosa (tale, cioè, da non contenere una valutazione distinta da quella del pubblico ministero relativamente agli indizi di colpevolezza ed alle esigenze cautelari e/o non inclusiva degli elementi offerti dalla difesa), il differimento della data di udienza su richiesta dell'imputato, la caducazione, per inosservanza dei termini, dell'ordinanza disponente una misura coercitiva.

7.2.1. La comparizione personale dell'imputato - E' la prima modifica apportata all'art. 309 c.p.p. dall'art. 11 della L. 47/15.

Secondo un illustre autore, alla previsione della possibilità per l'imputato di essere ascoltato di persona hanno contribuito non poco le pronunce europee per le quali il riconoscimento del carattere *adversary* alle impugnazioni delle misure cautelari deve fondarsi sulla verifica della presenza in tali procedimenti di una serie di

garanzie qualificate come "*diritti di partecipazione*"²¹.

Eppure nel progetto di legge nr. 631 non vi erano riferimenti di alcun genere alla possibilità di una partecipazione personale dell'imputato all'udienza nella quale il Tribunale del riesame decide quale esito debba avere l'impugnazione.

Sembrerebbe che una modifica avente lo stesso contenuto di quella (in seguito dettata dai commi 6 ed 8-*bis*) dell'art. 309 c.p.p. sia stata proposta dinanzi alla Commissione giustizia della Camera dei deputati in data 13.11.2013 con l'emendamento 8.03 concernente gran parte delle modifiche che avrebbero successivamente riguardato l'art. ult. cit..

L'emendamento 8.03 non veniva dal nulla, bensì da una proposta elaborata dalla Sottocommissione che, in seno alla Commissione Canzio, era stata investita della problematica delle misure cautelari.

²¹ M. Chiavario, "*La parte dei privati: alla radice (e al di là) di un sistema di garanzie*" in *Procedure penali d'Europa*, II ed., Cedam, 2001, p. 529.

Il maggior contributo alla innovazione in parola si deve, tuttavia, alla relazione sul disegno di legge nr. 1232-B.

Tale relazione, da un lato sottolinea la necessità di superare le incertezze della giurisprudenza sul riconoscimento di un vero e proprio diritto dell'imputato di comparire personalmente all'udienza in camera di consiglio, dall'altro lato evidenzia il significato che può avere, per l'accertamento dei fatti, la presenza dell'imputato all'udienza.

E' l'imputato, alla fine, che *<sa cosa poter dire e cosa conosce dei fatti>*.

Occorre rilevare, peraltro, che di un diritto di partecipare all'udienza camerale si discuteva, *ante* novella, solo in riferimento all'ipotesi dell'imputato detenuto in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice investito della decisione.

Ai sensi dell'art. 127 c.3 c.p.p., infatti, siffatto imputato doveva essere sentito, se ne faceva richiesta, prima del giorno dell'udienza,

dal magistrato di sorveglianza; nelle altre ipotesi veniva sentito all'udienza camerale solo se compariva.

Si erano formati, in seno alla Cassazione, due orientamenti: secondo il primo l'imputato detenuto in luogo esterno alla circoscrizione del Tribunale del riesame non aveva diritto di essere sentito all'udienza camerale; per il secondo orientamento, invece, il Tribunale del riesame aveva l'obbligo di disporre la traduzione davanti a sé dell'imputato che aveva fatto richiesta di presenziare all'udienza; in tale ipotesi la mancata traduzione comportava la nullità assoluta ed insanabile sia dell'udienza che dell'ordinanza che decideva il riesame; per converso, restava pienamente efficace l'ordinanza impugnata.

7.2.2. Il differimento dell'udienza - Sempre secondo il pensiero dell'illustre autore, il comma 9-*bis* dell'art. 309 c.p.p. introduce un elemento dinamico nella rigidità del procedimento culminante nell'udienza camerale attraverso la possibilità per

l'imputato di ottenere un differimento utile per preparare al meglio la propria difesa.

Tale possibilità si traduce in una richiesta, formulata personalmente dall'imputato entro due giorni dalla notificazione dell'avviso, accogliendo la quale il tribunale, sussistendo giustificati motivi, differisce la data dell'udienza da un minimo di cinque ad un massimo di dieci giorni con conseguente proroga nella stessa misura del termine per la decisione e di quello per il deposito dell'ordinanza.

Indubbiamente, la prerogativa così prevista per l'imputato riflette esigenze particolarmente sentite nei procedimenti in cui l'entità delle indagini effettuate, come pure la complessità delle vicende investigate, sul piano soggettivo od oggettivo non consentono un sufficiente studio degli atti e, quindi, lo sviluppo di un'attività difensiva idonea a valorizzare in maniera congrua gli spazi riconosciuti alla parte privata in sede di riesame²².

²² P. Borrelli, cit., p. 27.

La previsione di termini perentori brevi per la decisione del tribunale, se è vero che *"realizza (...) una forma di tutela del soggetto che ha impugnato il provvedimento evitando che questi possa essere in alcun modo danneggiato da inadempienze o ritardi dell'autorità giudiziaria"*²³, può confliggere concretamente con la ricerca di una tutela sostanziale degli interessi dell'impugnante, favorendo altresì, se non imponendo, una risposta sin troppo sommaria alla richiesta di riesame.

La nuova disposizione, come già segnalato, attribuisce solo all'imputato la facoltà di incidere sulla data dell'udienza e, conseguentemente, sul termine per la decisione e per il deposito dell'ordinanza.

Si tratta di un potere che il legislatore ha inteso riferire in maniera assolutamente esclusiva alla persona dell'imputato, senza prevedere la possibilità di demandare il relativo esercizio ad un procuratore speciale, come invece accade per situazioni processuali nelle quali si effettuano

²³ Corte cost., ord. 29 marzo 1993, n. 126; ord. 10 giugno 1996, n. 201.

scelte forse anche più impegnative. Inoltre, nel valutare l'opportunità di questa opzione pare doveroso rilevare come sia *"strettamente tecnica"* la natura *"delle esigenze difensive che possono fondare una richiesta di differimento del termine"*²⁴ per cui è ragionevole ipotizzare che, al di là della forma, l'iniziativa ai sensi dell'art. 309 comma 9-*bis* c.p.p., dipenda da considerazioni del difensore più che da scelte dell'assistito.

La richiesta di differimento deve essere formulata entro due giorni dalla notificazione dell'avviso, così da consentire al tribunale di procedere alle 'controcitazioni', anche quando la data dell'udienza è stata notificata solo tre giorni prima della data stabilita per la sua celebrazione. Quanto alla natura del termine, nulla dice la disposizione, ma è pur vero che l'inserimento della previsione all'interno di un sistema di termini perentori con il quale il nuovo termine va

²⁴ P. PAZIENZA, *"Le nuove disposizioni, cit."*, p. 28.

coordinato, dovrebbe legittimare la conclusione più rigorosa²⁵.

La decisione di accoglimento dell'istanza da parte del tribunale dovrà essere emessa e comunicata prima della data dell'udienza una volta riconosciuta la sussistenza dei giustificati motivi che dovranno essere specificamente indicati nella motivazione del provvedimento del collegio.

A tal proposito, pur nell'assoluta mancanza di specificazioni normative, può affermarsi che le ragioni del differimento debbano essere rinvenute principalmente nella necessità' di una tempistica meno serrata per procedere agli opportuni approfondimenti nello studio e nell'analisi del materiale probatorio. Ed è ragionevole prevedere che in casi siffatti *"ben difficilmente il tribunale sarà indotto a rigettare la richiesta, essendo ovviamente non estranee, anche al collegio giudicante"*, le predette esigenze²⁶.

²⁵ R. Orlandi, *"Procedimenti speciali"*; G. Conso, V. Grevi, M. Bargis, *"Compendio di procedura penale"* VII ed., Cedam, 2014, p. 758 s.

²⁶ P. Pazienza, *"Le nuove disposizioni, cit."*, p. 28.

Piuttosto, v'è da chiedersi se il tribunale potrà differire l'udienza anche per motivi diversi da quelli segnalati dall'imputato.

Ad esempio, conferendo *"rilievo alle difficoltà di ordine pratico e organizzativo che potrebbero sorgere per il collegio giudicante: e ciò soprattutto nelle ipotesi - tutt'altro che rare, soprattutto nei procedimenti di notevole complessità - di richieste cumulative di riesame, in cui soltanto alcuni dei ricorrenti decidano di avvalersi del potere di differimento"*.

Il rigetto della richiesta formulata ex art. 309 comma 9-bis c.p.p. non è impugnabile, stante la mancanza di una previsione *ad hoc*.

Tuttavia, non si può escludere che il ricorso avverso l'ordinanza del tribunale includa motivi che traggano alimento dal mancato differimento dell'udienza, nella misura in cui taluno ritenga inficiata da nullità ai sensi dell'art. 178 comma 1 lett. c) una decisione emessa senza aver consentito all'imputato di usufruire di uno spazio difensivo

ulteriore, in considerazione della sussistenza di "giustificati motivi".

Tra gli effetti del differimento della data dell'udienza, come già osservato, compare non solo la proroga del termine per la decisione, bensì anche quello per il deposito dell'ordinanza.

Invero, la Corte di Cassazione si è da tempo uniformata nel ritenere che il termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti riguardante la decisione sulla richiesta di riesame, dovesse reputarsi rispettato con il semplice deposito del dispositivo²⁷, mentre per il deposito della motivazione, in assenza di previsioni specifiche, si faceva rinvio ai contenuti dell'art. 128 c.p.p., dove, come noto, è previsto un termine meramente ordinatorio di cinque giorni²⁸, non di rado disatteso, nella prassi giudiziaria²⁹.

²⁷ Cass., Sez. Un., 17 aprile 1996, Moni, in *Cass. pen.* 1996, p. 3275; Cass., 6 ottobre 2011, Vecchiarelli, 2013, p. 1135.

²⁸ Cass., 9 aprile 2014, M., in *C.e.d.*, n. 259652.

²⁹ G.Spangher, "Un restyling, cit., p. 533.

Questa opzione interpretativa, giustamente criticata da buona parte della dottrina³⁰, finiva per sacrificare il diritto dell'imputato ad avere una tempestiva risposta alla domanda di controllo sulla legalità del provvedimento restrittivo: il deposito di una decisione non accompagnata dalla comunicazione delle ragioni che giustificano il mantenimento della misura cautelare personale non sembra poter assolvere al disposto dell'art. 5 n. 4 CEDU, che intende tutelare l'individuo contro l'arbitrio e che, quindi, deve assicurargli una garanzia fondamentale: "*sapere il perché della propria detenzione*"³¹.

Inoltre, anche se la nostra giurisprudenza fa decorrere i termini per il ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza del tribunale del riesame dalla data del deposito della motivazione e non da quella del deposito del dispositivo³², non si possono negare evidenti conseguenze sul piano della

³⁰ L. Kalb, "*Motivazione ed effettività del sistema dei controlli*", in *Le fragili garanzie*, cit., p. 174 ss.

³¹ Corte eur., 30 agosto 1990, Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito, § 40.

³² Cass., 11 novembre 2009, Suraci, in *C.e.d.*, n. 246058.

possibilità di procedere in tempi brevi e comunque prevedibili all'impugnazione della decisione emessa ai sensi dell'art. 309 c.p.p..

7.2.3. Termini - Nell'ultimo comma dell'art. 309 c.p.p. si stabilisce che la trasmissione degli atti da parte dell'autorità giudiziaria procedente (l'Ufficio che ha emesso l'ordinanza cautelare) avvenga entro cinque giorni dal ricevimento dell'atto con il quale il Presidente del Tribunale della libertà ha dato avviso dell'impugnazione (meglio, della data dell'udienza fissata per decidere sulla richiesta di riesame) alla suddetta autorità giudiziaria.

Si dispone, altresì, che la decisione sulla richiesta di riesame e il deposito dell'ordinanza che tale decisione contiene siano depositate nei "*termini prescritti*": dieci giorni per la decisione, trenta per il deposito.

Si deve notare che l'inciso con il quale si chiude il primo periodo del novellato comma 10 dell'art. 309 c.p.p. - ai sensi del quale l'ordinanza che dispone la misura coercitiva che perde efficacia

per la violazione dei termini anzidetti *"salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, non può essere rinnovata"* - non compariva nel testo presentato dalla Commissione Canzio.

La soluzione, del tutto inedita, venne motivata dinanzi all'Assemblea del Senato sulla scorta della considerazione per cui *"eventuali disfunzioni dell'azione giudiziaria"* non dovevano poter *"ricadere solo ed esclusivamente in capo ai cittadini"*, così che all'inefficacia del provvedimento si ricollega anche la tendenziale impossibilità della sua rinnovazione³³.

Invero, la scelta così effettuata dal legislatore si colloca in una prospettiva decisamente contrastante con la lettura che la giurisprudenza aveva da tempo fornito, avendo particolare riguardo alla possibilità di riproporre il provvedimento coercitivo caducato in conseguenza del mancato rispetto dei termini *illo tempore* stabiliti solo con riferimento a quelli relativi alla trasmissione

³³ *Atti parlamentari*, cit., *Senato, Aula*, res. sten., seduta del 12 marzo 2014.

degli atti ed alla decisione davanti al tribunale del riesame.

Come noto, per la Corte di Cassazione risultava legittima la reiterazione della misura cautelare, poiché i limiti derivanti dalla regola della preclusione processuale, in forza del principio del *'ne bis in idem'*, opererebbero solo quando il provvedimento è stato annullato in conseguenza di un riesame nel merito e non quando l'inefficacia della misura costituisce conseguenza di vizi puramente formali.

Ne discendeva uno scenario certamente sconcertante e non contrastato dal dato positivo: *"la possibilità di riadozione di una nuova ordinanza sulla base degli stessi elementi, impregiudicate le ragioni cautelari, anche prima che sia eseguito l'ordine di scarcerazione", con una "catena" che, "teoricamente (...) può allungarsi in una infinita successione di ordinanze-fotocopia, caducate ed incontrollate"*³⁴.

³⁴ M. Ceresa Gastaldo, *"Riformare il riesame, cit."*

Si comprende, quindi, la finalità che ha spinto il legislatore ad inserire una disposizione che contrastasse questo stato di cose, limitando fortemente l'eventualità di una nuova compressione della libertà dell'imputato che potesse configurare un sostanziale aggiramento dei profili garantistici riconducibili al regime dei termini imposti al giudice nell'art. 309 c.p.p.

In proposito, si è segnalato come la formulazione dell'art. 309 comma 10 c.p.p. non sia delle più felici, in quanto non chiarirebbe in modo espresso se tali esigenze debbano intendersi come sopravvenute - anche se così parrebbe doversi concludere -, visto che la persistenza delle esigenze cautelari poste a fondamento della prima ordinanza non costituisce condizione sufficiente per la rinnovazione.

7.3. Segue: l'articolo 12 - Per l'art. 12 << 1. *All'articolo 310, comma 2, del codice di procedura penale sono aggiunte, in fine, le seguenti parole:* "con ordinanza depositata in cancelleria entro

trenta giorni dalla decisione. L'ordinanza del tribunale deve essere depositata in cancelleria entro trenta giorni dalla decisione salvi i casi in cui la stesura della motivazione sia particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni. In tali casi, il giudice può indicare nel dispositivo un termine più lungo, non eccedente comunque il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione >>.

Se la valutazione delle modifiche apportate al riesame è senz'altro positiva, non può dirsi altrettanto di quella relative agli altri mezzi di impugnazione, segnatamente dell'appello.

La durata dell'appello cautelare, che continua ad essere lo strumento di controllo delle ordinanze disponenti misure interdittive, è stata elevata a dodici mesi con la conseguenza di determinare una irragionevole disparità di trattamento tra gli imputati limitati nelle libertà della persona e gli

imputati raggiunti da provvedimenti coercitivi minori³⁵.

Quanto al mantenimento del carattere spiccatamente ordinatorio dei termini stabiliti per l'appello e per il ricorso per Cassazione (oggi riferiti anche al deposito della motivazione dell'ordinanza emessa ex art. 310 comma 2 c.p.p., come modificato dall'art. 12 l. n. 47/2015), se è vero che tale scelta non può dirsi in contrasto con la necessità di assicurare un tempestivo controllo sulla legalità della misura³⁶, è anche vero che la prassi, soprattutto a causa delle scadenze di cui all'art. 311 c.p.p., ha, purtroppo, rivelato ritardi frequenti e assai cospicui che compromettono il carattere di effettività del rimedio³⁷. Invero vi è il sospetto che il legislatore individui il nucleo centrale della garanzia di un pieno controllo della legittimità

³⁵ Corte eur., 23 luglio 2013, M.A. c. Cipro, § 161 (Nel senso che le garanzie procedurali devono essere "appropriate to the type of deprivation of liberty in question")

³⁶ P. Spagnolo, *"Il tribunale, cit."*, p. 390.

³⁷ T. Rafaraci, *"Le garanzie del procedimento, cit."*, p. 277 ss.

dello *status detentionis* nel solo istituto del riesame.

Sennonché nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si è ormai consolidato il principio per cui la presenza di una pluralità di controlli giurisdizionali ai sensi dell'art. 5,4 CEDU non può in nessun caso giustificare la diminuzione delle garanzie connesse alla singola impugnazione³⁸. Nell'appello cautelare non opera la nuova regolamentazione del diritto a presenziare all'udienza introdotta nei commi 6 e 8-bis dell'art. 309 c.p.p., disposizioni, per l'appunto, non richiamate dall'art. 310 c.p.p., dove si continua a rinviare alle forme previste nell'art. 127 c.p.p. per lo svolgimento dell'udienza camerale.

7.4. Segue: l'articolo 13 - Per l'art. 13 << 1. *All'articolo 311 del codice di procedura penale, dopo il comma 5 è aggiunto il seguente: "5-bis. Se è stata annullata con rinvio, su ricorso dell'imputato, un'ordinanza che ha disposto o*

³⁸ P. Spagnolo, Op. cit.

confermato la misura coercitiva ai sensi dell'articolo 309, comma 9, il giudice decide entro dieci giorni dalla ricezione degli atti e l'ordinanza è depositata in cancelleria entro trenta giorni dalla decisione. Se la decisione, ovvero il deposito dell'ordinanza non intervengono entro i termini prescritti, l'ordinanza che ha disposto la misura coercitiva perde efficacia, salvo che l'esecuzione sia sospesa ai sensi dell'articolo 310, comma 3, e salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, non può essere rinnovata>>. - Una modifica che si attendeva da tempo. Il comma 5-bis dell'art. 311 c.p.p.. assicura l'operatività dei termini perentori per la decisione e per il deposito della motivazione anche nel giudizio di rinvio conseguente all'annullamento in Cassazione della ordinanza che ha disposto o confermato la misura coercitiva, ordinanza per la cui rinnovazione operano i limiti assai severi introdotti nell'art. 309 comma 10 c.p.p.. In altri termini nelle ipotesi di annullamento con rinvio, su ricorso dell'imputato, dell'ordinanza emessa ai

sensi dell'art. 309 c.9 c.p.p.. il giudice del rinvio deve decidere entro dieci giorni dalla ricezione degli atti con ordinanza da depositarsi in cancelleria entro trenta giorni dalla decisione. Se la decisione o il deposito non intervengono entro i termini rispettivamente prescritti, l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde efficacia e non può essere rinnovata salvo che l'esecuzione sia sospesa ai sensi dell'art. 310 c.3 c.p.p. e salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate. In pratica la caratteristica di perentorietà delle pronunce conseguenti una decisione di annullamento con rinvio viene stabilita legislativamente con perdita di efficacia della misura e divieto (relativo) di rinnovarla. La finalità principale della innovazione in parola sembra esser quella di impedire la sopravvivenza del *decisum* di conferma del Tribunale della libertà malgrado l'annullamento della Corte di Cassazione.

CONCLUSIONI

A parere dello scrivente molti sono i passi che sono stati fatti dal codice Rocco ad oggi nella giusta direzione di garantire un effettivo controllo giurisdizionale contro i provvedimenti restrittivi della libertà personale.

Le modifiche apportate dalla legge 47 del 16 aprile 2015 hanno prodotto un positivo miglioramento in quella direzione verso una più effettiva salvaguardia del legittimo e costituzionale "diritto di difesa" all'interno di un contraddittorio ad armi pari.

Permettere all'imputato di presenziare all'udienza camerale segna un traguardo di civiltà al quale, se non fosse stato per le esigenze imposte dal periodo nero di lotta al terrorismo, si sarebbe pervenuti sin dalla legislatura del 1974. L'Italia si sarebbe sicuramente risparmiata le numerose pronunce di condanna della Corte di Strasburgo.

Non si comprende come mai il diritto di esporre le proprie ragioni in sede di riesame sia stato negato in sede di appello, nonostante l'identità degli interessi in gioco.

In un caso come nell'altro è, infatti, pur sempre la libertà dell'individuo ciò di cui si discute; un individuo che, *ante iudicium* e fino alla sentenza definitiva di condanna, non può essere considerato colpevole.

Ciò tanto più in quanto è convinzione dello scrivente che i provvedimenti *de libertate* siano stati spesso utilizzati come anticipazione della pena definitiva oppure come mezzo di acquisizione della prova.

Purtroppo è una scomoda realtà che in Italia, tra l'inizio di un procedimento penale e la sentenza definitiva che accerta o meno la colpevolezza di un soggetto, i tempi siano così lunghi da far pensare a molti che un breve periodo in carcere non sia il male maggiore.

Quando, invece, l'utilizzo dei provvedimenti *de libertate* non deve avere altra finalità che quella previsto dagli artt. 273 e 274 c.p.p..

Uno dei problemi tuttora irrisolti del sistema penale italiano è il sovraffollamento delle carceri.

All'interno di queste strutture sono rinchiusi sia le persone che scontano una pena inflitta con una sentenza passata in giudicato, sia quelle che ancor prima dell'inizio di un procedimento penale vengono ristrette a seguito dell'emissione di un

provvedimento cautelare. Ora, il sovraffollamento delle carceri ha comportato inevitabilmente altre violazioni della CEDU, oltre a quelle sopra richiamate - art. 3 CEDU -.

Rendere più difficile l'utilizzo dei provvedimenti *de libertate* per impedire abusi o per mascherare inefficienze dell'ordinamento non può essere accettato. La libertà del singolo e la tutela della collettività devono entrambe essere tutelate con pari dignità ordinamentale senza che l'una venga privilegiata a scapito dell'altra.

Quel che qui si vuol dire è che nell'ottica di un effettivo controllo giurisdizionale dei provvedimenti restrittivi, non si può pensare di risolvere altri e forse più cocenti problemi.

E' auspicabile di chi scrive sperare che ben presto si possano reperire e utilizzare nuove risorse, affinché, finalmente, i tempi per addivenire ad una sentenza definitiva siano accettabili, la pena possa finalmente svolgere la sua funzione rieducativa, le misure cautelari possano soddisfare quelle esigenze di cui abbiamo detto.

Più case circondariali, più giudici, nuove strutture per i futuri destinatari delle misure cautelari, affinché il tempo intercorso tra la commissione del reato e l'attribuzione di esso al suo autore rendano l'utilizzo dei provvedimenti cautelari l'eccezione e non la regola.